



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes

Considerações acerca das propostas de alteração da Lei de Licitações

Brasília
2016

Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes

Considerações acerca das propostas de alteração da Lei de Licitações

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós graduação em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Professor Dr. João Carlos Medeiros de Aragão.

Brasília

2016
Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes

Considerações acerca das propostas de alteração da Lei de Licitações

*Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de pós graduação em
Novas Tendências do Direito Público do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB,
sob a orientação do Professor Dr. João Carlos
Medeiros de Aragão.*

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Integrante: Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Integrante: Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

RESUMO

Esta monografia aborda as proposições de alteração da Lei nº 8.666/1993, considerada marco regulatório das licitações públicas no país. Além de analisar os preceitos legais e constitucionais sobre as licitações públicas, pontua e analisa pontos selecionados das proposições em trâmite no Congresso nacional. Para tanto, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e análise de caso. Cada ponto analisado teve seu entendimento jurídico próprio. Restou demonstrado que se propõe grandes avanços normativos sobre o tema, mas deixaram-se de lado algumas propostas entendidas como relevantes.

Palavras-chave: licitação, contratos, lei, modernização, procedimento

SUMÁRIO

Introdução	5
1. Dos fundamentos normativos do procedimento licitatório	6
1.1. Fundamentação constitucional da licitação	6
1.1.1. Da regra da licitação	7
1.1.2. Dos princípios da licitação.....	8
1.1.3. Da igualdade de condições entre concorrentes	8
1.1.4. Da obrigação de pagar	9
1.1.5. Da manutenção das condições efetivas da proposta	10
1.1.6. Da exigência de qualificação indispensável.....	11
1.2. Da finalidade da licitação	11
1.2.1. Do combate à corrupção como finalidade	11
1.2.2. Da finalidade de atendimento ao interesse público.....	12
1.2.2.1. <i>Do formalismo moderado</i>	13
1.3. Da necessidade de nova regulamentação	14
1.3.1. Da aplicação da norma por servidores públicos sem a necessária qualificação	14
1.3.2. Do clamor popular pela moralização	15
1.4. Projetos em trâmite	16
2. Das principais inovações propostas	16
2.1. Supressão de modalidades	16
2.2. Inversão de fases	18
2.3. Regramento dos novos procedimentos	20
2.4. Fornecimento contínuo	21
2.5. Sistema de Registro de Preços Permanente	22
2.6. Proteção ao contratado.....	24
2.7. Da penalidade de advertência	25
2.8. Exigência de capacitação prévia	27
3. Dos pontos que poderiam ser aprimorados	28
3.1. Consolidação como metodologia	28
3.2. Adequação à evolução tecnológica.....	31
3.3. Proteção do interesse público	32
3.4. Da parametrização dos contratos de manutenção.....	33
Conclusão	36
Referências	38

Introdução

A necessidade de modernização da legislação de licitações públicas é um tema que tem sido debatido no Congresso Nacional há pelo menos uma década.¹ Atuais movimentações políticas, contudo, têm resultado em uma possibilidade concreta de uma alteração normativa em um futuro próximo.

Tal cenário tem trazido à tona os diversos posicionamentos acerca de quais pontos são necessários alterar, quais dispositivos, se manter, e mesmo se há efetiva necessidade de alteração legislativa.

Considerando a relevância das licitações públicas na operosidade dos serviços públicos, mostra-se imprescindível analisar as proposições em curso, dando enfoque as mudanças mais significativas propostas.

Antes de adentrar na análise das proposições, o primeiro capítulo analisará os fundamentos balizadores da licitação pública, considerando os paradigmas constitucionais e doutrinários, de modo a se ter uma diretriz clara sobre os objetivos e finalidades do procedimento frente à administração pública.

Em seguida, far-se-á uma análise dos pontos identificados como de maior relevância nas atuais proposições em trâmite.

Por fim, serão abordadas algumas propostas e soluções propostas pela doutrina e jurisprudência que poderiam aprimorar as proposições.

Pretende-se, portanto, responder à pergunta: o que precisa e o que irá mudar nas normas de licitações públicas.

¹ Em 2007, por exemplo, o Projeto de Lei nº 7.709, que chegou a integrar o Programa de Aceleração do Crescimento.

1. Dos fundamentos normativos do procedimento licitatório

Antes de se adentrar na temática afeta à Lei de Licitações propriamente dita e às suas propostas de alterações, mostra-se imprescindível fazer uma breve análise sobre esse procedimento, considerando sua finalidade e objetivo.

1.1. Fundamentação constitucional da licitação

A licitação, como procedimento formal para a escolha de fornecedores e prestadores de serviço por órgãos e entidade públicos, tem seu fundamento na Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²

Ao analisar o texto constitucional, verifica-se que alguns parâmetros receberam especial atenção do poder constituinte, que previu expressamente:

- a) o procedimento licitatório como regra;
- b) os princípios aplicáveis à licitação;
- c) a igualdade de condições;
- d) as obrigações de pagamento;
- e) a manutenção das condições efetivas da proposta; e
- f) a exigência de qualificação indispensáveis.

Considerando esses pontos de destaque, mostra-se necessário fazer breves ponderações.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 37, inc. XXI.

1.1.1. Da regra da licitação

Ao estabelecer a licitação como procedimento para a contratação de bens, serviços, obras e alienação, a Constituição Federal estabeleceu limitações para eventual norma regulamentadora do tema.

Ainda que se considere que a Lei pode estabelecer exceções à licitação, o procedimento licitatório, como regra, deve ser utilizado para qualquer objeto, por qualquer órgão público.

Apesar da aparente obviedade dessa conclusão, é necessário considerar que em um país de dimensões continentais, a diversidade de órgãos públicos, de níveis técnicos de servidores públicos e de situações fáticas relativas às contratações públicas exige um grau de flexibilidade e adaptabilidade de procedimentos que desafia qualquer especialista em gestão pública.

Torna-se evidente, portanto, a necessidade de a União se limitar ao estabelecimento de normas gerais, deixando a procedimentalização para os estados, municípios e órgãos e entidades, considerando suas respectivas realidades.

Tal posicionamento, inclusive, foi exemplarmente observado pela atual Lei de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece:

Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

[...]

Art. 118. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.³

³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

1.1.2. Dos princípios da licitação

A principiologia aplicável ao procedimento licitatório, por sua vez, estabelece diretrizes rígidas com o objetivo de balizar não só a normatização do tema, mas o posicionamento da jurisprudência e dos doutrinadores.⁴

Algumas vezes, a popularidade que algumas expressões adquirem resulta no esquecimento da diretriz que lhe serviu de base. Nesse sentido, noções como transparência, fundamentada na publicidade e na moralidade; e atendimento ao interesse público, fundamentada na impessoalidade e na eficiência; estão diretamente vinculadas aos princípios constitucionais.

Imprescindível ressaltar que, como é sabido pelos atuantes na ciência jurídica, todo princípio deve ser considerado ante os demais, fato que avoca o sopesamento de princípios.⁵ Essa situação permite uma multiplicidade de posicionamentos e teses, cuja identificação da melhor solução exige estudos e construções jurídicas de complexidade significativa.

Isso significa dizer que a mera estipulação de princípios não é suficiente para a correta aplicação da Lei. Pelo contrário, é comum identificar-se, entre os operadores do Direito, posicionamentos divergentes com a preponderância deste ou daquele princípio.

Tal fato torna-se ainda mais grave ao considerarmos que aqueles que aplicam as normas de licitações e contratos públicos raramente possuem formação jurídica.

Ora, se o sopesamento principiológico é um desafio para os operadores do Direito, que dirá para aqueles que não possuem formação jurídica.

1.1.3. Da igualdade de condições entre concorrentes

Em 2006, a previsão constitucional de igualdade de condições entre concorrentes foi amplamente debatida, com posicionamentos vigorosos de ambos os lados.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 25, nº 97/5, p. 7. “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes.”

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95-97.

Isso porque a Lei Complementar nº 123/2006⁶ estabeleceu, nas licitações públicas, benefícios às Micro e Pequenas Empresas perante as demais.

Debateu-se, na época, sobre favorecimento indevido, violação ao Princípio da impessoalidade,⁷ diferença dos conceitos de isonomia e igualdade,⁸ temas que por si só exigiram um estudo aprofundado incompatível com o objetivo deste trabalho.

Para esta análise, basta ponderar a polêmica do tema, cujo desfecho concluiu pela possibilidade jurídica, considerando o conceito de isonomia,⁹ de se conceder benefícios às Micro e Pequenas Empresas de modo a permiti-las competir com maior igualdade com as grandes e médias empresas.

1.1.4. Da obrigação de pagar

A Constituição Federal de 1988 teve como um de seus pilares a valorização do trabalho.¹⁰ Uma consequência lógica dessa valorização consiste na justa remuneração e na vedação ao enriquecimento ilícito.¹¹

Nada mais justo, portanto, o texto constitucional estabelecer, como requisito do procedimento licitatório, cláusulas que preveem a obrigação de se remunerar aqueles contratados pela administração pública.

Infelizmente, no atual cenário econômico e político, tem ocorrido um sistemático desrespeito a essa previsão constitucional. Amparados nas prerrogativas da administração

⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 fev. 2006.

⁷ LUZ, Felipe Augusto. O Estatuto das Pequenas Empresas no Âmbito das Licitações e o Tratamento Jurídico Diferenciado. **Portal Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI62092,61044-O+Estatuto+das+Pequenas+Empresas+no+Ambito+das+Licitacoes+e+o>> Acesso em: 10 fev. 2016.

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁹ ARISTÓTELES. A política. Trad. Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 92. Consubstanciado no brocardo: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo.: saraiva/Almedina, 2013. p.130. “É cláusula principiológica que exprime potencialidade transformadora, diante da importância de que desfruta no mundo contemporâneo pelo que representa para a própria economia, em virtude da riqueza e do crescimento econômico, como também pelo que representa como instrumento de inserção social e de afirmação do ser humano, condições imprescindíveis para que possa atingir o ideal da dignidade humana”.

¹¹ *ibidem*. p. 131

pública,¹² governantes têm se esquivado da obrigação de remunerar prestadores de serviços e fornecedores.

Ignorando as consequências óbvias na economia,¹³ tal conduta ainda acarreta a perda de credibilidade da gestão pública, o que, em consequência, resulta na dificuldade de obter prestadores de serviços e fornecedores interessados, bem como no aumento do custo do preço ofertado para a Administração, tendo em vista o risco da inadimplência, e dificulta a contratação de boas empresas, de forma geral.

1.1.5. Da manutenção das condições efetivas da proposta

O preceito constitucional de valorização do trabalho também influenciou a diretriz de manutenção das condições efetivas da proposta.

Tal diretriz, com raízes no Direito Civil,¹⁴ visa garantir que, ao longo de todo o contrato, o acordo se mantenha interessante para ambas as partes. Ou seja, deve-se manter ao longo do contrato o equilíbrio entre serviço e remuneração.

Caso, após a assinatura do contrato, surja um fato imprevisível, que impacte no seu equilíbrio, é um dever constitucional da administração pública adequá-lo. O mesmo ocorre quando o fato superveniente é previsível, mas de consequências incalculáveis.¹⁵

Nesse sentido, além das atuais restrições impostas pela construção jurisprudencial sobre o tema,¹⁶ governantes têm estabelecido diretrizes para seus servidores públicos para negarem esses pleitos, como forma de combater as restrições orçamentárias ocorridas.

¹² CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 25, nº 97/5, p. 13. “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrado, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular.”

¹³ Tem-se, por exemplo, a falência de empresas, o aumento do desemprego, do passivo trabalhista, da inadimplência e da sonegação.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

¹⁵ Exemplos deste último são: a inflação e a convenção coletiva em contratos de terceirização. Em ambos os casos a ocorrência é previsível, mas é impossível prever qual será o impacto no contrato.

¹⁶ TCU. Acórdão 1.827/2008- Plenário. TC nº 027.973/2007-2. Rel. Min. Benjamin Zymler. 27 de agosto de 2008. TCU. Acórdão 1.828/2008- Plenário. TC nº 027.946/2007-5. Rel. Min. Benjamin Zymler. 27 de agosto de 2008. Onde foi exposto a preclusão do direito de pleitear reajuste e repactuações ao se aceitar a prorrogação contratual.

1.1.6. Da exigência de qualificação indispensável

A licitação, considerada sob o enfoque constitucional, tem como diretriz a ampla competitividade.¹⁷ Nesse sentido, a restrição constitucional é de que apenas exigir-se-á os requisitos indispensáveis para qualificação dos concorrentes.

Preza-se, desse modo, pela redução da burocracia para a participação de empresas no procedimento licitatório.

O entendimento aplicado na administração pública, todavia, tem se parametrizado por um formalismo exagerado em relação a certidões e documentação, restringindo-se, assim, as empresas aptas a participar do processo.

Não é incomum a ocorrência de desclassificação de empresas por apresentarem certidões vencidas há um dia,¹⁸ ou por não apresentarem certidão que está disponível na internet, entre outras situações que violam frontalmente o texto constitucional.

1.2. Da finalidade da licitação

Além da orientação constitucional, ainda existem outros paradigmas direcionadores do procedimento licitatório. Apesar de não estarem expressamente previstos em nenhum dispositivo, tais paradigmas influenciam diretamente a aplicação das normas de licitação.

Um dos aspectos mais relevantes ao se analisar o procedimento licitatório consiste em determinar sua finalidade.

1.2.1. Do combate à corrupção como finalidade

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo.: Saraiva/Almedina, 2013. p.884. “São dois os principais objetivos da licitação: (...); o segundo, de sede constitucional, visa possibilitar oportunidades iguais a todos os particulares interessados em oferecer bens, serviços ou obras ao Poder Público, bem como aos que desejam adquirir bens a ele pertencentes. É, portanto, procedimento garantidor da isonomia e da livre concorrência (arts. 5º e 170 da Constituição)”.

¹⁸ SEBRAE. Ata nº 184/2014 – Reunião de Recebimento dos Envelopes referentes à concorrência nº 12/2014 – Processo 1.745/2014.

Apesar de a opinião popular, por vezes, associar o procedimento licitatório a uma medida de combate à corrupção, existem diversos riscos em se tomar tal diretriz com correta.

Isso porque, uma medida de combate à corrupção deve ser:

- a) extremamente formal, de modo a se evitar desvios de conduta;
- b) rigorosa em seu julgamento; e
- c) inflexível frente as demandas dos atores participantes.

Assumir tal diretriz na aplicação do procedimento licitatório acaba indubitavelmente:

- a) na restrição às inovações;¹⁹
- b) na limitação à participação de empresas sem *expertise* no processo licitatório;²⁰ e
- c) no não atendimento do interesse público.

Ao se direcionar esforços para o combate à corrupção, tende-se a esquecer que o interesse público é a obtenção do objeto que se está licitando. Poder-se-ia, desse modo, cometer o equívoco de reconhecer que um processo licitatório perfeito, sem nenhum equívoco formal, atendeu sua finalidade, mesmo que não tenha adquirido o objeto que se pretendia.

1.2.2. Da finalidade de atendimento ao interesse público

Todo procedimento licitatório nasce de uma demanda administrativa, a qual deve corresponder ao interesse público.

Dentro desse contexto, deve-se enquadrar toda hipótese de licitação, seja para:

- a) aquisição de papel, para uma repartição pública – pois é do interesse público que a repartição pública funcione;
- b) construção de uma determinada ponte;
- c) aquisição de remédios; ou
- d) contratação de serviço sinalização de vias, entre outros.

É imprescindível, nesse sentido, identificar que a finalidade do procedimento licitatório é:

¹⁹ Se não há flexibilidade nos procedimentos, não se pode adotar novas soluções para problemas, como, por exemplo, a inexigibilidade de licitação pela contratação de todos (credenciamento), o chamamento público ou novas metodologias para a pré-qualificação.

²⁰ Quanto maior as formalidades exigidas, mais difícil é para empresas sem experiência em licitações participarem do procedimento.

A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. (...) A licitação é um procedimento administrativo orientado ao atingimento de certos fins. O art. 3º enumera os fins buscados pela licitação e indica os princípios jurídicos mais relevantes a que a licitação se subordina.²¹

Obviamente, destacam-se, entre os princípios aplicáveis, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. Mas não se deve esquecer a eficiência, que também pauta os atos administrativos.

1.2.2.1. Do formalismo moderado

Nesse contexto, tem ganhado força a aplicação do formalismo moderado nas licitações públicas.²²

O princípio do formalismo moderado consiste em permitir a flexibilização das regras formais do procedimento quando a severidade das consequências for incompatível com a irrelevância dos defeitos.²³

Considerando-se esse paradigma, torna-se fácil verificar que:

- a) uma licitação para a aquisição de remédios para pronto-socorro, formalmente perfeita, que fracassa ao obter um vencedor, não atende à sua finalidade;
- b) uma licitação²⁴ que observa os princípios legais e constitucionais, mas que ocorre concessão de prazo para ajuste de proposta além do que foi previsto em lei e obtém os remédios necessários ao funcionamento do pronto socorro, atende sua finalidade.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 67

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 004.809/1999-8. Decisão nº 695/1999 – Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 06 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 nov. 1999. “O formalismo exagerado da Comissão de Licitação configura uma violação a princípio básico das licitações, que se destinam a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. [...] O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário. Esquece-se o interesse público e passa-se a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer”.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 852

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Art. 24, inc. IV.

1.3. Da necessidade de nova regulamentação

Considerando os pontos trazidos até então, torna-se fácil verificar que há uma necessidade de modernização da legislação de licitações e contratos públicos, como por exemplo, para:

- a) incorporar as boas práticas estaduais sobre licitações que já foram aplicadas e testadas;
- b) estabelecer parâmetros mais claros e precisos, de modo a evitar a insegurança daqueles que aplicam as normas;
- c) determinar penalidades mais gravosas para aqueles que não pagam pelos serviços prestados;
- d) definir de forma mais transparente os parâmetros para readequação de propostas;
- e) simplificar exigências para participação em licitações, focando mais na competência e menos em documentos; e
- f) focar na finalidade do procedimento.

1.3.1. Da aplicação da norma por servidores públicos sem a necessária qualificação

Além dos pontos indicados acima, merece destaque a ausência de exigências de qualificação dos servidores públicos que aplicam a norma.

Isso porque, ao atuar na Capital da República, ou em grandes cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, entre outras, torna-se fácil crer que os servidores públicos que atuam com licitação são bem capacitados e qualificados.

Contudo, considerando a extensão territorial do Brasil e a multiplicidade de realidades encontradas, tal fato não se repete em todos os estados e municípios.

É imprescindível, nesse aspecto, prever a obrigatoriedade de capacitação dos servidores públicos que irão aplicar a lei.

1.3.2. Do clamor popular pela moralização

Movimentos populares têm clamado por uma atuação da administração pública mais transparente, mais impessoal, de modo a se reduzir a corrupção que assola as esferas de governo.

A bandeira de modernização da Lei de Licitações²⁵ tem sido utilizada como ferramenta essencial para se atingir tal objetivo.

Em contraponto, doutrinadores de renome²⁶ têm defendido que a alteração legislativa não se servirá a esse propósito, chegando, inclusive, a questionar a própria necessidade dessa reforma.

Razão lhes assiste, em parte.

Efetivamente, uma alteração legislativa não é suficiente para que se acabe com a corrupção. Apesar de todos os defeitos que a Lei de Licitações²⁷ possa ter, é uma lei que reforça a necessidade de atuação do controle,²⁸ prioriza a transparência²⁹ e a necessidade de registro dos eventos³⁰ e penaliza diversas condutas que atentam contra a moral pública.³¹

Tem-se, portanto, que a mudança de cultura pública e social depende menos de uma nova lei e mais da conscientização e da capacitação dos agentes que aplicam a norma, bem como dos agentes que fiscalizam a sua aplicação e da sociedade de uma forma geral.

Alguns pontos, passíveis de regulamentação por meio de uma lei, entretanto, podem efetivamente auxiliar no combate à corrupção.

²⁵ Tecnicamente, a modernização abarcaria o conjunto de normas que regem as licitações públicas na esfera federal como a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, a Lei nº 12.462/2011, entre outras.

²⁶ JUSTEN, Marçal. In: **Os 10 Anos da Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP): avaliação e perspectivas**. 20 de maio de 2015. Brasília: Conselho Federal da OAB/DF, 2015.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

²⁸ *Ibidem*. Art. 15, § 3º, inc. II e § 5º; art. 45; e art. 113, § 1º e 2º, por exemplo.

²⁹ *Ibidem*. Art. 5º; art. 15, § 2º; art. 21 e § 1º; art. 22, § 4º; art. 26; art. 39; e art. 115, parágrafo único, por exemplo.

³⁰ *Ibidem*. Art. 30, § 1º; art. 43, inc. IV; art. 51, § 3º; art. 36, § 2º; art. 52; e art. 78, inc. VIII; por exemplo.

³¹ *Ibidem*. Seção III.

1.4. Projetos em trâmite

Entre os projetos em trâmite, será dado destaque ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 559, de 2013, de Autoria da Comissão Temporária para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993).³²

Nesse projeto será analisado o texto originalmente apresentado,³³ bem como o substitutivo apresentado pelo Senador Fernando Bezerra Coelho.³⁴

Na Câmara dos Deputados, desde 24 de fevereiro de 2015, foi instituída Comissão Especial para análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Lei nº 8.666/1993.³⁵

Apesar de não existir texto em tramitação até a conclusão deste trabalho, já ocorreram inúmeras reuniões e audiências, das quais alguns assuntos serão pontuados.

2. Das principais inovações propostas

Ao se analisar uma proposta de reformulação normativa, a atenção tende a se voltar para os pontos mais relevantes da alteração. Considerando todo o contexto desenvolvido até o momento, dar-se-á enfoque aos pontos entendidos como mais relevantes dentro dessa nova perspectiva acerca das licitações e contratações públicas.

2.1. Supressão de modalidades

Ao considerarmos como modernização a adequação dos atuais procedimentos a procedimentos mais eficientes, a supressão de modalidades se mostra como uma conclusão lógica.

³² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016.

³³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=143724&c=PDF&tp=1>> Acesso em: 09 fev. 2016.

³⁴ EMENDA Nº 66 - CI (Substitutivo ao PLS 559, de 2013). <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=184307&c=PDF&tp=1>, acesso em 23/02/2016.

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ato da Presidência de 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/lei-das-licitacoes/conheca-a-comissao/criacao-e-constituicao/ato-de-criacao>> Acesso em: 16 fev. 2016.

Considerando as modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, em especial o convite, a tomada de preços e a concorrência, a intenção do legislador ao prevê-las foi justamente partir de um procedimento mais completo e complexo (concorrência) e simplificá-lo para licitações de valores menores. Uma tentativa clara de reduzir a burocracia e os custos públicos nessas contratações menos onerosas.

Colocando de forma simplista, as diferenças procedimentais entre concorrência, tomada de preços e convite são: o prazo entre a publicação do edital e a efetiva licitação — respectivamente, de 30 dias, 15 dias e 5 dias úteis³⁶; e que no convite a Administração convida o mínimo de três licitantes, na tomada de preços permite-se a participação de qualquer empresa que tenha se cadastrado até 3 dias antes da licitação e a concorrência permite a participação de todos.

Analisando esses procedimentos mais simplificados, em especial a modalidade convite, verificou-se sua utilização como ferramenta para realização de atos violadores da impessoalidade e moralidade administrativa, como o direcionamento de licitações e facilitação de conluio entre licitantes.

Tendo em vista que as tecnologias de comunicação atuais facilitam o acesso a informações, sendo praticamente irrelevante a quantidade de documentos, e a transmissão de documentos de forma segura, torna-se possível a realização de uma licitação na modalidade concorrência de uma maneira mais rápida e eficiente.

Obviamente, conforme a complexidade do objeto, os licitantes necessitarão de maior ou menor prazo para a formulação de suas propostas. Porém, cadastros informatizados e sistemas capazes de agrupar empresas, conforme sua área de atuação, e notificá-las com agilidade permitem dar grande publicidade a procedimentos licitatórios, sem onerá-los ou atrasá-los.

Com as ferramentas de comunicação e com os atuais sistemas de cadastro de fornecedores,³⁷ é possível convidar todas as empresas interessadas a fornecer determinado bem, em um prazo curto, e realizar a licitação de forma virtual, mantendo-se a impessoalidade e a segurança dos dados.

Na hipótese de um objeto simples, como uma compra de produto do varejo, é possível iniciar e finalizar o processo em menos de uma semana.

³⁶ Para licitações nas quais o critério de julgamento seja menor preço.

³⁷ Como, por exemplo, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, operado pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG.

Torna-se evidente, portanto, que a solução de desburocratização trazida pela Lei nº 8.666/1993 ficou ultrapassada.

Por consequência, a maioria das proposições de modernização da legislação de licitações e contratações públicas preveem³⁸ a supressão das modalidades convite e tomada de preços, estabelecendo prazos diferenciados para a publicação da modalidade concorrência conforme os valores das contratações.

A diferença entre os projetos consiste na nomenclatura. Um³⁹ opta por manter as modalidades concorrência e pregão e outro⁴⁰ adota a simplicidade do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, que consiste em uma modalidade, podendo ter fase de lances e/ou invertendo-se as fases de julgamento, como será visto a seguir.

2.2. Inversão de fases

Apesar de ser um tema polêmico, são inegáveis as vantagens que a possibilidade de inversão de fases pode trazer às licitações públicas.

Na forma prevista na Lei nº 8.666/1993, as licitações públicas devem ocorrer necessariamente nessa ordem:

- a) primeiro, análise da habilitação dos licitantes presentes no certame;
- b) após, análise do preço apenas dos licitantes habilitados.

Na modalidade pregão, prevista na Lei nº 10.520/2002,⁴¹ o procedimento foi invertido. Ou seja, analisam-se os preços dos licitantes, para só após convocar aquele que ficou em primeiro lugar, para apresentar a documentação de habilitação.

³⁸ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.292 de 1995. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Ver apensos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>> Acesso em: 16 fev. 2016.

³⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. PLS 559, texto original.

⁴⁰ EMENDA Nº 66 - CI (Substitutivo ao PLS 559, de 2013). <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=184307&c=PDF&tp=1>, acesso em 23/02/2016.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]**, 18 jul. 2002, retificado em 30 jul. 2002.

Desse modo, imprimiu-se uma grande celeridade aos procedimentos licitatórios, pois, em vez de se despender grande quantidade de tempo para analisar a documentação de licitantes que sequer possuíam preço compatível com a licitação, apenas analisava-se aquele detentor do menor preço. Em licitações com grande número de participantes, ou com documentações técnicas extensas, esse ganho podia representar dias.

Entre as críticas trazidas contra o procedimento do pregão, destaca-se a participação de “aventureiros”, ou seja, fornecedores que não preenchem os requisitos de habilitação e acabam por interferir na disputa de preço.

Apesar da relevante ponderação, a inversão de fases permite à Administração realizar uma licitação de forma muito mais célere, pois dispensa a análise aprofundada da documentação de habilitação⁴² de vários licitantes que sequer trouxeram preços competitivos à disputa, limitando sua análise ao fornecedor de menor preço.

As propostas de modernização legislativa trazem, em regra, a inversão de fases como procedimento padrão. Ou seja, primeiro se analisa preço, para só após analisar a habilitação.

Todavia, as propostas permitem também, caso haja justificativa no processo administrativo, que se utilize a ordem prevista na Lei nº 8.666/1993.

Com essa alteração de fases, tem-se como consequência, ainda, a unificação da fase recursal. Desse modo, apenas quando há a efetiva declaração de vencedor é que se permite aos interessados recorrerem, tanto da classificação do vencedor quanto da desclassificação de outros concorrentes.

Ainda que se debata nessa hipótese que o provimento de eventual recurso enseja o retorno da licitação a uma fase bem anterior,⁴³ a ocorrência dessa situação frente à quantidade de licitações realizadas continua a demonstrar a vantagem dessa unificação de fase recursal.

⁴² A documentação de habilitação, em diversos casos, constitui-se em vários volumes de documentação.

⁴³ Por exemplo, caso o recurso provido objetive a alteração de ato do Pregoeiro que rejeitou proposta de determinada empresa, é necessário retornar ao processo até a fase de julgamento da proposta dessa empresa, o que às vezes resulta em anulação de atos como, convocação de outros fornecedores, com análise de proposta e de habilitação.

2.3. Regramento dos novos procedimentos

Ao longo dos anos da vigência da Lei nº 8.666/1993, diversos foram os novos procedimentos implementados objetivando facilitar a solução de alguns dos problemas que prejudicam a gestão pública.

Tais procedimentos possuem suas raízes e fundamentos na Lei de Licitações, mas por decorrerem de interpretação de princípios aplicáveis à norma e não da literalidade do texto, sempre geram dúvidas sobre sua regularidade e sobre como serem efetivados.

Entre os procedimentos, cuja regularidade já é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, mas que não encontram amparo expresso na Lei de Licitações, constam:

- a) **chamamento público:** instrumento utilizado nos convênios,⁴⁴ no qual, apesar da necessidade de observância do formalismo e da publicidade, realiza-se um procedimento simplificado de seleção de fornecedores. Sua utilização nas hipóteses de dispensa de licitação tem auxiliado os gestores na árdua tarefa de demonstrar a vantagem na contratação de determinado fornecedor;
- b) **credenciamento:** hipótese de inexigibilidade de licitação pela contratação de todos interessados, por valor definido pela Administração. Atualmente, esse procedimento já foi convalidado pela doutrina, aprovado pelos órgãos de controle⁴⁵ e utilizado por diversos entes da administração pública, contudo, nunca foi regulamentado em detalhes;⁴⁶
- c) **pré-qualificação:** procedimento prévio à licitação no qual, por meio de procedimento público com parâmetros objetivos, seleciona-se o objeto que melhor atende à Administração ou os fornecedores que são aptos a participar de futura licitação. Na Lei nº 8.666/1993, esse procedimento apenas existe para fornecedores, estando previsto no art. 114. No Regime Diferenciado de Contratações — RDC,⁴⁷ foi ampliado para objetos;

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jul. 2007. Art. 4º.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 029.112/2009-9. Acórdão nº 351/2010 — Plenário. Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 03 de março de 2010. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 mar. 2010.

⁴⁶ Ministério Público da União. Plan-Assiste. Edital de credenciamento nº 01/2015; Instituto de Assistência a Saúde e Social dos Servidores Municipais de Goiânia – IMAS, Edital de Credenciamento; SEBRAE, edital de Credenciamento nº 01/2014.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga

- d) **procedimento de manifestação de interesse:** previsto no regramento de concessões e Parcerias Público Privadas – PPP, estabelece um procedimento formal para se solicitar contribuição de particulares na elaboração de projeto básico, inclusive com possibilidade de remuneração;
- e) ***built to suit*:** também conhecido como “locação sob medida”,⁴⁸ procedimento de contratação de obras, no qual o contratado é remunerado pelo custo da construção ou adaptação do imóvel mediante promessa de locação do prédio, quando concluído, por período pré-determinado de tempo. Já apreciado pelos órgãos de controle,⁴⁹ permite à Administração investir em obras públicas, diluindo os custos em um período posterior.

Dever essencial da modernização, portanto, é prever na Lei os procedimentos que já se mostraram efetivos para aprimoramento das licitações públicas.

Tal previsão tão somente contribui para a segurança jurídica dos procedimentos licitatórios e para um aumento da eficiência da gestão.

2.4. Fornecimento contínuo

A Lei nº 8.666/1993 prevê como uma das hipóteses para a prorrogação de contrato a prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

A doutrina e a jurisprudência muito debateram sobre quais os serviços podem ser contínuos ou não, mas os benefícios trazidos, considerando o tempo despendido e o ônus de uma nova licitação, resultaram em um entendimento mais amplo e mais flexível.

Do mesmo modo, a doutrina já debateu, extensivamente, sobre a possibilidade de aplicação de entendimento análogo para a hipótese de “fornecimento contínuo”.

Tem-se como fornecimento contínuo, por exemplo, um contrato de fornecimento de galões de água, que ocorre semanal, ou mensalmente, e é imprescindível à continuidade do serviço público.

dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 ago. 2011. Art. 30.

⁴⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Pergunte ao Professor. Informativo Fórum-Jacoby nº 2046, 23 de fevereiro de 2016.

⁴⁹ TCU. Processo TC nº 028.155/2012-2. Acórdão nº 10632/2015 – 2ª Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes. TCU. Processo TC nº 046.489/2012-6. Acórdão nº 1301/2013. Relator: Ministro André de Carvalho.

Entretanto, os órgãos de controle vedam sua utilização por falta de amparo legal.⁵⁰ Essa vedação, portanto, acaba por exigir licitações e contratações anuais, com o elevado risco de solução de continuidade.

Os projetos de lei do Senado propõe sanar tal falha,⁵¹ permitindo a aplicabilidade aos contratos de fornecimento contínuo das mesmas prerrogativas que os contratos de serviços atualmente previstos no art. 57, inciso II da Lei nº 8.666/1993.⁵²

Com essa previsão, também seria possível prorrogar por até 60 meses os contratos de fornecimento contínuo.

2.5. Sistema de Registro de Preços Permanente

Outra proposição inovadora, de relevância, é a expressa previsão do instrumento do Sistema de Registro de Preços **Permanente** — SRPP.

A figura do Sistema de Registro de Preços — SRP já é conhecida dos gestores públicos. Previsto no art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, o SRP foi regulamentado na esfera federal em 2001,⁵³ sofrendo significativas alterações em 2013.⁵⁴

O Sistema de Registro de Preços traz algumas facilidades aos gestores públicos, em especial:

- a) para administrar demandas frequentes e reiteradas;
- b) para demandas parceladas;
- c) para hipóteses quando for impossível definir precisamente o quantitativo da demanda;
- d) ao prever as licitações para atendimento de mais de um órgão ou entidade;

⁵⁰ TCU. Processo TC nº 021.581/2010-1. Acórdão nº 3.891/2011 – 2ª Câmara. Rel. Min. Aroldo Cedraz. 07/06/2011.

⁵¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 97, inc. III.

⁵² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

⁵³ BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 set. 2001. (Revogado pelo Decreto nº 7.892/2013)

⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jan. 2013.

- e) ao permitir a adesão de um órgão a uma licitação realizada por outro ente da Administração.

Uma ferramenta prática, que ganhou popularidade na administração pública e tornou-se uma das soluções mais eficientes para a gestão de estoques.

Com a eficiência da gestão como foco, o SRPP, por sua vez, representa a oportunidade de simplificação dos procedimentos de contratação que se repetem anualmente.

Isso porque, processos de contratações que se repetem todo ano, como a aquisição de material de almoxarifado, em geral constituem-se em nada mais do que uma repetição dos trabalhos dos anos anteriores.

O responsável pelo Termo de Referência copia o utilizado no ano anterior, o responsável pelo edital *idem* e muitas vezes o setor jurídico faz o mesmo. Cria-se, então, uma “farsa” para se formalizar um processo de contratação idêntico aos anos anteriores, por vezes dependendo-se semanas nessa tramitação.

Com esse cenário em mente, o SRPP prevê a formalização desse procedimento de repetição de documentos.

De forma resumida, o SRPP permite que quando da elaboração de um Termo de Referência para a contratação de um objeto que se repete todo o ano estabeleça-se, caso esteja expressamente previsto no edital, dentro dos 12 meses de vigência da Ata de Registro de Preços, um período para sua “atualização”. Nessa atualização, caso a demanda permaneça inalterada, a Administração, utilizando-se do processo do ano anterior, apenas republica o edital da licitação, para que os interessados venham participar do certame e atualizar seus preços.

Como as demandas são repetitivas, dispensa-se a elaboração de novo Termo de Referência, Edital e parecer jurídico, o que, por si só já representa um ganho frente à burocracia do serviço público.

Indo além, o SRPP permite que se contate o atual fornecedor da Ata de Registro de Preços para questioná-lo sobre seu interesse em manter o mesmo valor para o item no próximo ano de vigência. Ressalta-se que essa nova manifestação constitui novo marco temporal para a aplicação do reajuste ou repactuação. Caso o fornecedor tenha interesse em manter o mesmo preço, esse é utilizado como valor máximo para a futura licitação, dispensando-se, inclusive, a pesquisa de preços.

Algumas considerações são necessárias quanto a essa solução. De fato, frente ao cenário econômico atual, parece difícil a possibilidade de um fornecedor manter o seu preço

por um período superior a doze meses. Contudo, com a inflação em parâmetros razoáveis e considerando a simplicidade dos objetos em questão (caneta, lápis, borracha), seria possível vislumbrar a ocorrência dessa hipótese.

Do mesmo modo, a dispensa de realização de pesquisa de preço está em conformidade com os atuais normativos. Isso porque, a Instrução Normativa nº 05/2014⁵⁵ expressamente prevê a utilização de contratos em execução ou concluídos em até 180 dias, como parâmetro válido para a pesquisa de preços, bem como, também permite, de modo mais tímido, a utilização de um único preço público como parâmetro de pesquisa.

Essa solução surgiu no Estado de Minas Gerais, desde 2008, tendo sido utilizado com sucesso para tornar mais eficiente a gestão pública. A prática de sucesso inclusive foi incorporada por diversos estados, como, Maranhão e Rondônia.

A previsão legal da repetição, de forma inteligente, do processo de atualização de preços, com a permissão de ingresso no certame de outros novos fornecedores, sem dúvida, traz mais eficiência e transparência à gestão pública, na medida em que os atos processuais refletem a realidade dos atos administrativos.

2.6. Proteção ao contratado

Uma questão que poucas vezes toma relevância é a necessidade de a nova lei que regerá as licitações públicas também prever direitos e garantias ao contratado. Especialistas em combate à corrupção indicam que a redução da discricionariedade nas atividades de pagamento e a gestão de contratos públicos pode ter importante efeito moralizador.

Nesse sentido, entre as prerrogativas que se propõem conceder ao contratado, podemos destacar:

- a) nas hipóteses em que haja rescisão do contrato, sem culpa do contratado,⁵⁶ fica vedada a Administração de realizar novas contratações para o mesmo objeto, antes de ressarcir o antigo contratado dos prejuízos comprovadamente suportados;⁵⁷

⁵⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 05, de 27 de junho de 2014. Dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jun. 2014.

⁵⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 118, incisos XII a XVII.

- b) em obras de grande vulto, a Administração deve garantir a disponibilidade financeira para pagamento do contratado mediante o depósito do valor em conta vinculada ao contrato, considerando o exercício financeiro e o cronograma físico financeiro da obra;⁵⁸
- c) nas hipóteses em que haja controvérsia parcial, acerca da execução de determinada obrigação, a Administração é obrigada a liberar a parte incontroversa e depositar o valor relativo à parte controversa em conta vinculada;⁵⁹
- d) o pagamento deverá prever a ordem cronológica de emissão das notas fiscais,⁶⁰ sob pena das contas dos gestores serem tidas como irregulares.⁶¹

Importante ressaltar que a previsão de garantias aos contratados é um dever do Estado, pois não se pode admitir o prejuízo de um particular que executa adequadamente suas obrigações.

Ora, se por vezes vê-se agentes públicos reclamando dos maus-fornecedores, situação em que se defende a aplicação das penalidades cabíveis, como não se buscar garantir o respeito aos direitos do bom fornecedor?

A Administração tem o dever de garantir a justa e adequada remuneração do fornecedor que executou satisfatoriamente suas obrigações. Trata-se de garantia constitucional que não tem merecido adequada tutela legal.

2.7. Da penalidade de advertência

Entre as posições, também merece destaque o aumento de efetividade a que se dispõe dar à penalidade de advertência.

Atualmente, a aplicação da penalidade de advertência é rara na execução dos contratos públicos. Como justificativa para tal cenário, tem-se a burocracia da medida frente ao seu resultado. Isso porque, para aplicação da penalidade de advertência, em decorrência de

⁵⁷ *Ibidem*. Art. 119, § 2º.

⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 123.

⁵⁹ *Ibidem*. Art. 124.

⁶⁰ Até aí sem nenhuma novidade, pois a Lei nº 8.666/1993 já prevê tal obrigação, inclusive inclui como crime o descumprimento, no seu art. 92.

⁶¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 125.

uma falta contratual do fornecedor, o gestor do contrato necessita provocar a autoridade superior, a qual deverá analisar a motivação do ato do gestor do contrato, para só após iniciar a aplicação da penalidade.

A penalidade de advertência “corresponde a uma sanção de menor gravidade. Supõe-se sua aplicação para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta.”,⁶² e envolve dois efeitos:

O primeiro reside na submissão do particular a uma fiscalização mais atenta. (...) O segundo consiste na cientificação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), o particular sofrerá uma punição mais severa.⁶³

Desse modo, tem-se que a burocracia para sua utilização acaba por tornar sua aplicação rara nos contratos administrativos.

A sua existência, contudo, é relevante e necessária. Isso porque, como dito anteriormente, essa anotação no registro do fornecedor oferece subsídios para a aplicação de uma penalidade mais gravosa, ou mesmo para o interesse, ou não, da Administração de prorrogar um contrato. É a penalidade com maior eficácia no processo-pedagógico punitivo, se aplicada corretamente.

Explica-se. Imaginando um cenário em que não existisse a penalidade de advertência, o fornecedor que, em um contrato de fornecimento sucessivo, comete uma pequena falha, como o atraso de um dia, não seria penalizado. Muitas vezes, nem se iniciaria um processo punitivo ante a desproporcionalidade das penalidades cabíveis (multa, suspensão de contratar) e ante a ausência de prejuízo à Administração. Caso essa falta, todavia, ocorresse com frequência, aplicar-se-ia uma penalização na empresa, visto que as faltas, apesar de pequenas, quando consideradas no escopo do contrato, tornaram-se prejudiciais. Assim, na hipótese de essa empresa buscar o Judiciário para discussão da razoabilidade da punição, a penalidade, todavia, poderia acabar por ser afastada, ao fundamento que “durante a execução do contrato, o fornecedor atendeu com excelência, nunca havendo a aplicação de penalidade”.

Tem-se, portanto, que a presença de advertências em um contrato permite a um terceiro, fora da relação contratual, identificar de forma precisa que o fornecedor não está prestando o serviço a contento.

⁶² ⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1153.

⁶³ Ibidem. p. 1154.

Observando essa tese, o PLS nº 559/2013 propõe que a aplicação da penalidade de advertência seja da competência do responsável pela licitação ou do gestor do contrato, garantida a ampla defesa e o contraditório.⁶⁴ Essa inovação agasalha semelhante ideia do professor Jacoby, inserida no Código de Licitações e Contratos do Estado do Maranhão,⁶⁵ redigido em conjunto com os servidores do estado.

2.8. Exigência de capacitação prévia

Entre as propostas de modernização da legislação afeta as licitações públicas, outro ponto que se destaca é a expressa previsão da obrigatoriedade de capacitar os agentes públicos envolvidos.⁶⁶

Apesar da tímida disposição, a mera previsão de capacitação na legislação federal que poderá vir reger a matéria poderá consolidar esse avanço. Isso porque são raros os órgãos públicos em que a capacitação de seus agentes é tratada como prioridade. Em regra, a capacitação só ocorre quando existe uma sobra no orçamento, o que tem se tornado cada vez mais incomum.

Infelizmente, a proposta normativa ficou muito aquém do esperado, pois poderiam ter sido abordadas, em separado, questões como:

- a) capacitação prévia ao exercício das funções;
- b) capacitação periódica/anual;
- c) eventual responsabilização da chefia que não procedesse à capacitação de seus subordinados na forma da lei.

Tais questões são imprescindíveis a essa proposta de normatização, tendo em vista a: complexidade da matéria; o dinamismo do tema; o alto grau de responsabilidade que os

⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 134.

⁶⁵ BRASIL. **Código de Licitações e Contratos do Estado do maranhão e outras normas pertinentes.** Organização dos textos e índices por J. U. Jacoby Fernandes. 2ª ed. Palmas: NTC Editora, 2014.

⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em: 09 fev. 2016. Art. 9º. Devem ser assegurados aos agentes que exercem funções previstas nesta Lei as necessárias capacitação e qualificação.

agentes estão submetidos; e a necessidade de se prever consequências ao descumprimento da determinação legal.

De todo modo, já se verifica como um passo significativo o reconhecimento, em lei, da necessidade de capacitação dos agentes públicos, de modo a se buscar uma eficiente e correta aplicação da norma.

Com agentes capacitados e normas claras, torna-se mais fácil combater a má-gestão e, conseqüentemente, reduzir o desperdício de recursos públicos com contratações falhas ou pouco eficientes.

3. Dos pontos que poderiam ser aprimorados

Considerando os projetos em tramitação, já se vislumbram grandes avanços na regulamentação das licitações públicas.

Todavia, considerando os debates realizados na Câmara dos Deputados, bem como as doutrinas mais modernas sobre o assunto, verifica-se a possibilidade de ir além.

Destacam-se, a seguir, os pontos identificados como mais relevantes.

3.1. Consolidação como metodologia

Segundo dados públicos, o Brasil editou em pouco mais de vinte anos, quase de cinco milhões de normas.⁶⁷

No tocante às licitações públicas, apenas na esfera federal,⁶⁸ os servidores que atuam nessa ceara devem conhecer 283 normas, entre leis, decretos, instruções normativas e súmulas.⁶⁹

Isso sem contabilizar as orientações e decisões dos órgãos de controle que com uma considerável frequência pretendem atribuir efeitos vinculantes aos seus entendimentos,

⁶⁷ DO AMARAL, Gilberto Luiz. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 25 anos da Constituição Federal de 1988.** Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. Disponível em: <<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCFIBPT.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2015.

⁶⁸ Nas esferas estaduais e municipais, o cenário é ainda mais grave, pois além das normas federais, esses agentes têm de conhecer as peculiaridades das normas locais e os entendimentos de seus órgãos de controle, que por muitas vezes divergem daqueles federais.

⁶⁹ INSTITUTO NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Compras Públicas - Estudos, Conceitos e Infográficos:** Informativo do Instituto Negócios Públicos. Paraná: Negócios Públicos. Edição especial 2014-2015. p. 288.

mesmo em se tratando de decisões que por lei não são vinculantes. Desconhecer essa jurisprudência assistematizada tem ensejado, inclusive, na aplicação de punição e sanções pecuniárias.⁷⁰

Considere, ainda, a independência de posicionamentos dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, que podem fazer, e fazem, interpretações diferentes do texto legal, cada qual exigindo sua aplicação nos exatos termos de seu respectivo posicionamento.

Tal cenário evidencia a impossibilidade dos agentes públicos, responsáveis pelas licitações e contratações, manterem-se atualizados com os últimos entendimentos jurisprudenciais, doutrinários e, inclusive, normativos.

Isso sem considerar a quantidade de alterações que essas normas sofreram. A título exemplificativo, a Lei nº 8.666/1993 foi alterada 222 vezes desde sua promulgação.⁷¹ A Instrução Normativa nº 02/2008,⁷² por sua vez, foi alterada 264 vezes nesses 8 anos de vigência.⁷³

O resultado disso não poderia ser outro: a disparidade na profundidade do conhecimento entre os mais diversos agentes que atuam nessa área.

A gravidade desse quadro vem à tona quando o confrontamos com a disposição do art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942,⁷⁴ representada no brocado: “ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para o seu descumprimento”.

Na prática, observa-se a impossibilidade de dar fiel cumprimento ao princípio da legalidade da administração pública.

Some-se a isso, a rotatividade dos servidores públicos, em especial no Poder Executivo,⁷⁵ o que resulta em uma inviabilidade fática de manter capacitados os responsáveis pelas licitações públicas.

⁷⁰ Inúmeras são as ocorrências de Acórdãos do Tribunal de Contas da União em que se pune o servidor, não pelo descumprimento a Lei, mas pelo descumprimento da interpretação dada pelos órgãos de controle à Lei. Interpretação impossível de se conhecer sem um estudo prolongado e aprofundado da jurisprudência dos Tribunais de Contas. v.g.: Acórdão nº 230/2000 – Plenário; Acórdão nº 245/2001 – Plenário; Acórdão nº 419/2003 – Plenário; Acórdão nº 491/2005 – Plenário; Acórdão nº 93/2004 – Plenário; Acórdão nº 254/2004 — 2ª Câmara; todos do Tribunal de Contas da União.

⁷¹ INSTITUTO NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Compras Públicas - Estudos, Conceitos e Infográficos**: Informativo do Instituto Negócios Públicos. Paraná: Negócios Públicos. Edição especial 2014-2015. Pág. 270.

⁷² BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

⁷³ INSTITUTO NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Compras Públicas - Estudos, Conceitos e Infográficos**: Informativo do Instituto Negócios Públicos. Paraná: Negócios Públicos. Edição especial 2014-2015. Pág. 271.

⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 out. 1942. Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

É considerando essa situação que a modernização da legislação de licitações e contratações públicas toma significativa importância, consolidando as normas, posicionamentos e interpretações de forma auxiliar na uniformização de entendimentos frente ao tema.

Além das normas mais óbvias a se consolidar, como a Lei de Licitações,⁷⁶ a Lei do Pregão⁷⁷ e o Regime Diferenciado de Contratação⁷⁸, poder-se-ia consolidar as normas de Concessões,⁷⁹ de Parceria Público-Privada⁸⁰ e de Licitação de Publicidade.⁸¹

Isso porque, apesar de essas normas tratarem de temas diversos, em regra, são operacionalizadas pelos mesmos servidores: os membros das comissões de licitação.

A sistematização dessas normas, sem sombra de dúvida, representaria um avanço no tocante à capacitação dos agentes públicos. Exigindo-se dos servidores públicos o conhecimento adequado de um número reduzido de normas, aumentaria a segurança para decidir, o destemor para realizar seus atos, e a precisa definição de obrigações e vedações, garantindo por esse meio a redução de pontos que contribuem para a corrupção e a ineficiência.

⁷⁵ Decorrente da substituição dos ocupantes de cargos em confiança pelo chefe dos poderes executivos, federal, estadual ou municipal, ao assumir a função, após o processo eleitoral.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, 18 jul. 2002, retificado em 30 jul. 2002.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 ago. 2011.

⁷⁹ BRASIL. LEI Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, 14 fev. 1995, republicado em 28 set. 1998.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

⁸¹ BRASIL. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 abr. 2010.

3.2. Adequação à evolução tecnológica

Desde a elaboração da Lei nº 8.666/1993, as ferramentas de tecnologia da informação evoluíram de forma significativa. Várias propostas legais que buscavam transparência e publicidade foram substituídas por outras soluções ainda mais acessíveis.

Tem-se como exemplo disso a previsão, no §2º de seu art. 15, da publicação trimestral de preços registrados. Nesse sentido, a melhor doutrina e jurisprudência⁸² já defendem que, estando disponíveis *on-line* os preços registrados, não há necessidade alguma de publicação, visto que o objetivo legal já foi alcançado: dar publicidade e transparência à gestão pública.

A modernização normativa, nesse sentido, poderia, desde já, prever a adequação dos procedimentos licitatórios e contratuais aos atuais sistemas de informática.

Procedimentos já usuais em outras atividades públicas seriam também aplicados às licitações públicas, como:

- a) publicação de documentos e atos oficiais por meio de sites oficiais ou outros “concentradores de informação”, em vez de em diários oficiais e jornais;
- b) “virtualização” das sessões públicas das outras modalidades, nos mesmos moldes como se fez com o pregão/ pregão eletrônico;
- c) comunicação entre órgãos públicos, bem como, entre órgãos e particulares, por meio de recursos eletrônicos institucionalizados;
- d) uniformização de informações entre os órgãos públicos, como o cadastro de fornecedores e cadastro de penalidades.⁸³

A adoção dessas medidas refletiria diretamente na transparência e na eficiência da gestão, sem graves ônus aos envolvidos, principalmente porque tais procedimentos já são utilizados em outras atividades públicas.

⁸² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 224.

⁸³ É verdade que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do sítio www.comprasgovernamentais.gov.br já se propõe a esse registro. Contudo, verifica-se que os instrumentos e metodologias utilizados são limitados aos órgãos integrantes do Sistema Integrado de Administração dos Serviços Gerais.

3.3. Proteção do interesse público

Merece destaque, ainda, a necessidade da proposta normativa de dar enfoque na proteção ao interesse público, a qual consiste na finalidade do procedimento licitatório.

Nesse cenário, tem especial relevância a suspensão cautelar do contrato. Isso porque, se todo contrato administrativo objetiva atender a uma demanda, de forma a satisfazer o interesse público, a suspensão de um contrato acaba por resultar em um desatendimento ao interesse público.

Muitas vezes, esse fato acaba não sendo sopesado pelas autoridades competentes para suspender contratos administrativos. Quando ocorre a suspensão de uma licitação ou contrato público, o interesse público, fim da licitação, não é atendido. Assim, o gestor, caso seja diligente com o interesse público, se vê em uma situação delicada na busca de alternativas de soluções, em prazos exíguos, incompatíveis com a observância dos procedimentos formais exigidos.

Por vezes, a solução alcançada pelo gestor, considerando-se o prazo e a premência no atendimento ao interesse público, é pela contratação emergencial. O que representa um risco real de punição do agente público envolvido, pois é usual os agentes de controle se imiscuírem nas razões e justificativas da emergência, questionando sua validade.⁸⁴

Mesmo que o gestor tenha interesse em sanar a falha que ensejou a suspensão do contrato para dar prosseguimento ao certame, é comum inexistirem diretrizes claras sobre quais correções são necessárias para o prosseguimento do certame.

A suspensão cautelar de contrato deve, portanto, além de se constituir em medida excepcional, na forma definida pelo poder constituinte,⁸⁵ ponderar outros parâmetros e condições relativos ao interesse público.

Seguindo essa diretriz, poder-se-ia propor a obrigação de os agentes públicos, quando da análise acerca da possibilidade de sustação cautelar do contrato, demonstrarem:

- a) a análise do impacto da decisão, de modo a indicar que a paralisação é efetivamente a

⁸⁴ TJDF. Processo nº 0034323-20.2014.8.07.0018, Ação de Improbidade em trâmite na 2ª Vara de Fazenda Pública. TJDF. Processo nº 0042399-33.2014.8.07.0018, Ação de Improbidade em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública. TJDF. Processo nº 0016412-58.2015.8.07.0018. Ação de Improbidade em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública.

⁸⁵ Analisando as disposições constitucionais, verifica-se que sequer foi dado ao Tribunal de Contas da União o poder de suspender contratos, mas sim, ao Congresso Nacional, na forma do art. 71, inciso X e § 1º. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

melhor solução;

- b) as causas da ordem de suspensão;
- c) as condições para prosseguimento da licitação ou da contratação, ou as condições para sua anulação, por vício de legalidade.

Apesar de arrojada e de, sem dúvidas, gerar debate no meio doutrinário, tal medida torna-se essencial diante do cenário nacional, para que não se crie uma cultura de “por via das dúvidas, suspende-se o contrato”, em que mesmo o menor risco ao erário é mais relevante do que o atendimento do serviço público.

3.4. Da parametrização dos contratos de manutenção

Uma espécie de objeto que sempre enseja dificuldades quando da sua contratação, é o serviço de manutenção. Seja ele veicular, predial ou de equipamentos.

As dificuldades que permeiam esse serviço podem ser resumidas em três pontos específicos:

- a) a dificuldade em se verificar se as peças que foram substituídas eram realmente necessárias para o reparo;
- b) a dificuldade de verificar o dimensionamento do tempo de mão de obra necessário ao reparo;⁸⁶
- c) a dificuldade em se parametrizar, com eficiência, o custo de cada peça que porventura possa a dar defeito.

Tais dificuldades, inclusive, são encontradas até mesmo na rotina privada. É comum, caso a pessoa não possua grandes conhecimentos em mecânica automobilística, sair inseguro da oficina quando recebido o orçamento.

Para sanar essas situações, o particular por vezes recorre a duas soluções:

- a) levar o veículo em uma oficina de confiança;
- b) realizar um orçamento rápido com outras oficinas.

Infelizmente, tais condutas não podem ser adotadas pela administração pública. O princípio da impessoalidade veda utilizar como parâmetro de seleção eventual “relação de confiança” com o prestador de serviço e o procedimento de pesquisa de preços para a

⁸⁶ Considerando que a remuneração do serviço corresponde a hora de trabalho.

administração pública exige uma série de formalidades que praticamente inviabilizam a realização de uma “rápida pesquisa”.⁸⁷

São comuns, inclusive, reportagens jornalísticas apontando viaturas paradas aguardando peças para conserto.

Os gestores públicos já realizam algumas medidas para diminuir esses riscos, como por exemplo:

- a) exigir a entrega da nota fiscal dos produtos substituídos, bem como da respectiva embalagem ao final do serviço;
- b) nos casos em que existam tabelas de fabricantes, fixá-la como preço máximo a ser praticado.

Em outros tipos de serviço, propôs-se a *quarteirização*,⁸⁸ na qual uma empresa gerencia os serviços de manutenção por meio de redes credenciadas, de forma que a multiplicidade de atores diminua o risco de corrupção.

Acredita-se, contudo, que uma nova regulamentação sobre o tema possa dar mais segurança e eficiência à gestão pública.

Propõe-se, portanto, que na licitação para aquisição do bem, seja utilizado como fator de julgamento um valor mensal correspondente ao custo de manutenção do produto.

Esse valor mensal corresponderá à manutenção preventiva e corretiva do bem, abarcando toda a vida útil do bem e, ainda, será limitado a um percentual máximo em relação ao valor de compra do produto.

Dessa forma, a Administração pagaria mensalmente um valor, de modo que, caso o bem tivesse seu funcionamento comprometido,⁸⁹ o contratado teria o ônus de repará-lo sem custo adicional para a Administração. A manutenção poderia ser subcontratada por meio de credenciados, por exemplo.

Essa proposta permitiria que os bens mais duráveis tivessem certa vantagem na licitação, pois o fabricante, conhecedor das qualidades do seu produto, ofereceria um valor mensal de manutenção mais baixo. Do mesmo modo, seria possível saber que o valor da manutenção não se tornou mais caro do que de um produto novo.

⁸⁷ Para conhecer, consulte a Instrução Normativa nº 05, de 27 de junho de 2014, da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MPOG.

⁸⁸ SOARES, Marcos Eduardo Silva e DE MOURA, Leonardo Siqueira. **Quarteirização da Manutenção da Frota de Veículos Oficiais**: o desenho do modelo de gerenciamento adotado em Minas Gerais a fim de se garantir a economicidade da contratação. In: **VII Congresso CONSAD de Gestão Pública**. 25, 26 e 27 de março de 2014. Brasília: Centro de Convenções Ulysses Guimarães, 2014.

⁸⁹ Ressalvada a hipótese de sinistro.

Além de reduzir o trabalho de obter preços unitários de peças e a fiscalização precisa de serviços, tal postura traria uma valoração da qualidade e durabilidade de produtos para a Administração.

Conclusão

A modernização da legislação de licitações e contratos públicos mostra-se, portanto, como necessidade.

Não porque a Lei nº 8.666/1993 seja uma lei ruim, ou falha, mas sim, porque mais de 20 anos de alterações, complementações e decisões interpretando seus dispositivos e sua aplicação prática, tornaram-lhe, no mínimo, caótica.

A modernização normativa, incorporando as novas ferramentas existentes, as novas tecnologias e trazendo as soluções que promovam um aumento da eficiência da gestão pública, porém, mantendo a transparência e moralidade de sua atuação, consiste em demandas do atual cenário.

As expressas previsões acerca da necessidade de capacitação dos agentes públicos, bem como, das garantias e direitos dos contratados são questões que demandam uma mudança de paradigma, que pode ser atingida por meio de uma alteração legislativa.

Tem-se, portanto, que uma nova proposta normativa tem muito a agregar ao cenário nacional, não só quando se debate a transparência da gestão pública, o combate à corrupção, mas também ao se buscar procedimentos mais rápidos, eficientes de modo a se aprimorar a atuação administrativa.

Por outro lado, ainda se verifica espaço para avanço normativo. Diferente das normas de Direito Civil que, ao regular as relações entre particulares, devem ter seu avanço limitado, sempre acompanhando a realidade fática, exige-se das normas de Direito Administrativo um avanço, considerando a limitação que o princípio da legalidade impõe ao gestor público, as soluções inovadoras podem surgir da própria norma.⁹⁰

Assim, a consolidação das normas é essencial ao aprimoramento da gestão pública.

Os servidores públicos ficam desprotegidos em suas atividades, pois seguir a Lei não é mais suficiente; é necessário seguir Decretos, Instrução Normativas, Orientações e Súmulas, que, muitas vezes, não são sistematizados.

⁹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64. Princípio da Legalidade.

Do mesmo modo, a adequação às novas tecnologias e a proteção ao interesse público devem, desde já, ser incorporadas ao novo marco legal.

As análises realizadas, portanto, permitem verificar que existem inovações necessárias para a legislação relativa às licitações e contratações públicas, merecendo aplausos os projetos e propostas em debate no Congresso Nacional.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 25, nº 97/5

LUZ, Felipe Augusto. O Estatuto das Pequenas Empresas no Âmbito das Licitações e o Tratamento Jurídico Diferenciado. **Portal Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI62092,61044-O+Estatuto+das+Pequenas+Empresas+no+Ambito+das+Licitacoes+e+o>> Acesso em: 10 fev. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível m: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=143724&c=PDF&tp=1>> Acesso em: 09 fev. 2016.

EMENDA Nº 66 - CI (Substitutivo ao PLS 559, de 2013). <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=184307&c=PDF&tp=1>, acesso em 23/02/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.